

### Antwort auf alle Einwände eines Lkw-Kartellanten: Anmerkung zu LG Dortmund, 8 O 13/17 [Kart]

Kollan, Karin; Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version  
Zeitschriftenartikel / journal article

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Kollan, K., & Thiede, T. (2018). Antwort auf alle Einwände eines Lkw-Kartellanten: Anmerkung zu LG Dortmund, 8 O 13/17 [Kart]. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht : NZKart*, 8, 338-341. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65240-8>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Europäischen Kommission – auf den Erlass eines *förmlichen* Verfahrenseinleitungsbeschlusses abzustellen (vgl. Art. 2 Abs. 1 VO 773/2004).<sup>40</sup> Die Wahrnehmung von Ermittlungsbefugnissen nach Kapitel V der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 stellt keine Verfahrenseinleitung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 VO 773/2004 dar und erfordert im Übrigen auch keinen förmlichen Beschluss (Art. 2 Abs. 3 VO 773/2004).

### III. Fazit

Der BGH hat sich in seinem Urteil in Sachen *Grauzementkartell II* mit einer Vielzahl (bislang) streitiger Rechtsfragen befasst und diese einer Klärung zugeführt. Die Entscheidung dürfte damit das Potenzial haben, erhebliche

Bedeutung für zukünftige Follow-on Klagen in Deutschland zu erlangen.

Zu begrüßen ist insbesondere das klare Bekenntnis des BGH der Subsidiarität der Feststellungsklage und damit einem maßvollen Umgang dieses Prozessmittels.

Im Übrigen bleibt abzuwarten, ob das Urteil – insbesondere das sehr weite Verständnis zum Anwendungsbereich der Verjährungshemmung nach § 33 Abs. 5 GWB 2005 – die Attraktivität des Klagestandorts Deutschland weiter erhöhen wird.

<sup>40</sup> LG Köln, Urt. v. 17.1.2013, 88 O 1/11, BeckRS 2013, 08412; Denzell/Holm-Hadulla, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 26 Rn. 417.

Karin Gollan, Krefeld, und Dr. Thomas Thiede, Dortmund\*

## Antwort auf alle Einwände eines Lkw-Kartellanten

### – Anmerkung zu LG Dortmund, 8 O 13/17 [Kart] –

Das zum Lkw-Kartell ergangene Urteil setzt sich mit jenen Fragen auseinander, die in der Praxis derzeit am drängendsten scheinen: Es trifft insbesondere klare Aussagen mit Blick auf die Kartellbetroffenheit unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer und den *passing on*-Einwand.

#### I. Einführung

Das Urteil des LG Dortmund vom 27.6.2018<sup>1</sup> gehört zu den wenigen in der Republik, die keine Antwort schuldig bleiben. Es handelt sich um einen der ersten entschiedenen Schadensersatzprozesse gegen einen Lkw-Kartellanten.

Naturgemäß steht der durch ein Kartell geschädigte Kläger vor dem Problem, dass er das als Kartellverstoß bebaute Verhalten aus eigener Wahrnehmung nicht kennt. Die Kartellbehörden treffen zum angerichteten Schaden kaum oder keine Aussagen. Die Feststellung der zivilrechtlichen Haftung eines Kartellanten im Zivilprozess ist daher kompliziert.

Die juristische Methodik, die sich einer einfachen Stilistik von Rechtssätzen bedient, versagt: Ein „wenn ..., dann ...“ verstanden als „liegen die Voraussetzungen eines Tatbestandes vor, so ist die Rechtsfolge zu bejahen“, führt hier gerade nicht zum Ziel festzustellen, ob der Kartellant einen Schaden verursacht hat. Das LG Dortmund handelt daher die drängenden Fragen des Kartellschadensersatzrechts in einer logischen Kaskade des „selbst wenn nicht, ...“ als denkbare Alternativen ab und beantwortet auch jede dieser Alternativen.

Die Begründung der positiv beschiedenen Feststellungsklage ist nicht zuletzt Wegweiser dafür, wie ein beklagter Kartellant sich erfolgreich verteidigt – oder eben nicht. Vor allem die juristische Einordnung von unmittelbar und mittelbar Geschädigten und der Ausschluss des *passing on*-Einwands bereits im Feststellungsverfahren verdienen besondere Aufmerksamkeit.

#### II. Sachverhalt

Die Klägerin, ein Transport- und Logistikunternehmen wendete sich gegen ein Mitglied des durch die Europäische Kommission aufgedeckten Lkw-Kartells: Alle namhaften Lkw-Hersteller tauschten über einen Zeitraum von etwa 14 Jahren ihre Bruttopreislisten und Informationen über Preise und Preiserhöhungen sowie Zeitpunkt der Einführung neuer Emissionstechnologie und Weitergabe der damit verbundenen Kosten an die Kunden aus.<sup>2</sup> In einigen Fällen stellte die Kommission Absprachen über Bruttopreislistenenerhöhungen fest. Damit verstießen die Lkw-Hersteller gegen Art. 101 AEUV und Art. 53 EWR-Abkommen.<sup>3</sup> Im Kartellzeitraum erwarb die Klägerin mehrere Lkw bei der Münsteraner Vertragshändlerin einer Kartellantin.

Die Klägerin begehrte, die grundsätzliche Ersatzpflicht hinsichtlich des erlittenen Schadens festzustellen. Die beklagte Kartellantin stützte ihren Abweisungsantrag auf den Vorrang der Leistungsklage und verwies darauf, dass die Klägerin die Lkw von der gesellschaftsrechtlich nicht in das Unternehmen der Beklagten eingebundenen Vertragshändlerin erworben, es sich also um einen mittelbaren Erwerb gehandelt habe. Daher seien die Erwerbsvorgänge nicht von dem Kartell betroffen gewesen. Ein Informationsaustausch über Bruttolistenpreise habe keine Auswirkungen auf Endkundenpreise. Die Endpreise seien mit der Klägerin individuell und

\* Karin Gollan, MPA (Harvard), ist Rechtsanwältin in Krefeld. Dr. iur. Thomas Thiede, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger Partnerschaftsgesellschaft mbB in Dortmund, Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität in Graz, Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität in Bochum und Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI).

<sup>1</sup> LG Dortmund, Urt. v. 27.6.2018, 8 O 13/17, in diesem Heft, S. 382.

<sup>2</sup> Vgl. Kommission, Beschl. v. 19.7.2016, AT 39824 – *Trucks*, Abl. C 108/2017, 6 ff.

<sup>3</sup> Als *Whistleblowerin* betätigte sich die MAN und zeigte sich selbst an. Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF räumten ihre Kartellbeteiligung ein und stimmten im Verfahren vor der Kommission einem Vergleich zu. Die Kommission verhängte nach Abschluss ihrer Ermittlungen Bußgeldbescheide in Höhe einer Gesamtgeldbuße von knapp EUR 3 Mrd. Diese Bußgeldbescheide sind rechtskräftig.

losgelöst von den bebußten Verhaltensweisen ausgehandelt worden: Der Endpreis hänge im Wesentlichen davon ab, ob der Kunde zusätzlich Wartungsverträge abschließen. Schließlich wandte die beklagte Kartellantin ein, die Klägerin habe einen etwaig überhöhten Einstandspreis auf ihre Kunden weitergewälzt.

Das Landgericht Dortmund stellte fest, dass die beklagte Kartellantin sämtliche Schäden zu ersetzen habe, die der Klägerin aus den vorgenannten Erwerbsgeschäften entstanden sind.

### III. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Die Kammer bestätigt die Zulässigkeit der Feststellungsklage und verweist auf ihre bisherige Rechtsprechung, die in dieser Zeitschrift bereits dargelegt worden ist.<sup>4</sup> Inzwischen vom BGH bestätigt,<sup>5</sup> ist das Feststellungsinteresse zu bejahen, wenn „ausnahmsweise die Notwendigkeit besteht, den Schadensersatzanspruch gegen eine drohende Verjährung zu sichern“.<sup>6</sup> Der BGH unterstreicht allerdings den Ausnahmecharakter. In dem konkreten Fall der Feststellung eines Schadensersatzanspruchs gegen einen Zementhersteller rechtfertigte der BGH den Schutz vor Verjährung mit der Rechtsunsicherheit in Bezug auf Verjährungsregelungen, die erst mit seiner Entscheidung am 12.6.2018 behoben wurde.<sup>7</sup> Demnach wird auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen sein. Den mit einem Gutachten zur Schadensberechnung verbundenen Aufwand an Zeit und Kosten lässt der BGH ausdrücklich nicht für eine Feststellungsklage ausreichen.<sup>8</sup> Allerdings verdient die Begründung des LG Dortmund uneingeschränkte Zustimmung, dass nahezu alle Zivilgerichte über eine Leistungsklage zunächst durch Grundurteil entschieden haben, sodass ein Unterschied zur Feststellungsklage nicht erkennbar ist. Bevor nicht alle weiteren Rechtsfragen im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung höchststrichterlich geklärt sind, wird das Feststellungsinteresse wohl nicht zu verneinen sein.

### IV. Begründetheit der Feststellungsklage

#### 1. Kartellbetroffenheit

Bekanntlich entzieht sich das Merkmal der Kartellbetroffenheit einer trennscharfen Einordnung. Die gängige Definition,<sup>9</sup> wonach ein Marktteilnehmer dann von dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Kartellanten betroffen ist, wenn nachteilige Folgen für ihn eintreten konnten,<sup>10</sup> oszilliert zwischen Aktivlegitimation und Ursächlichkeit des Kartells für einen Schaden.

Kartellbetroffen im Sinne einer Aktivlegitimation ist nach der Legaldefinition in § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB 2005, seit dem 9.6.2017 in § 33 Abs. 3 GWB, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Für die generelle Berechtigung, Ansprüche auf Kartellschadenersatz geltend zu machen, ist es demnach unerheblich, ob das kartellbefangene Gut unmittelbar oder mittelbar erworben wurde. Darauf stellt die Kammer unter Verweis auf die BGH-Entscheidung in ORWI<sup>11</sup> und die EuGH-Entscheidung in *Courage*<sup>12</sup> zutreffend ab.

Auch die Kartellbetroffenheit der Erwerbsvorgänge bejaht die Kammer unabhängig davon, ob diese als unmittelbarer oder als mittelbarer Erwerb einzuordnen sind. Die Kammer neigt dazu, den Erwerb von einem Vertragshändler, der nicht gesellschaftsrechtlich mit dem Hersteller verflochten ist, als unmittelbaren Erwerb anzusehen. Zutreffend sieht die Kammer den Vertragshändler als einen an die beklagte Kartellan-

tin wirtschaftlich und vertraglich derart eng gebundenen Vertriebskanal an, dass er kein „normaler“ Abnehmer sei. Die Kammer legt nahe, dass der Vertragshändler die Preiserhöhungen des Herstellers umsetzte. Diese Wertung ist korrekt. Denn der Vertragshändler steht im unmittelbaren Wettbewerb mit dem Hersteller selbst und den herstellereigenen Händlern. Nichts spricht also dafür, dass der beklagte Lkw-Hersteller über den nicht konzerngebundenen Vertragshändler eine andere Vertriebs- und Preispolitik duldete. Das hätte die Koordination unter den Herstellern von vornherein destabilisiert. Stattdessen dauerte sie aber 14 Jahre lang an. In diesen Zeitraum fielen die Erwerbsvorgänge der Klägerin.

Letztlich kommt es auf eine Entscheidung hier nicht an. Die Kammer stützt sich auf die BGH-Entscheidung *Lottoblock II*<sup>13</sup> und sieht beim Lkw-Kartell die Voraussetzungen für die Herleitung der Kartellbetroffenheit aufgrund der Bindungswirkung des Bußgeldbescheids nach § 33 Abs. 4 GWB 2005 als gegeben an: Denklogisch bilde sich in jedem Erwerbsgeschäft der vorherige umfassende Informationsaustausch ab, sodass auch alle nachfolgenden Erwerbsvorgänge von diesen Absprachen betroffen seien.

Sollte man indes der Herleitung vermittelt Bindungswirkung des Bußgeldbescheids nicht folgen wollen, so ergibt sich die Kartellbefangeneheit aus dem durch die Kammer bereits in früheren Entscheidungen entwickelten Anscheinsbeweis.<sup>14</sup> Unabhängig von der Frage, ob es sich um einen unmittelbaren oder mittelbaren Erwerb handelte, greift dieser Anscheinsbeweis hier ein. Die preissteigernde Wirkung eines Kartells gilt hier für alle Vertriebsstadien des Herstellers. Auch der Informationsaustausch bewirkt eine Marktverzerrung, denn sie beseitigt die Unsicherheit über das Verhalten

4 Vgl. LG Dortmund, Ur. v. 21.12.2016, 8 O 90/14 Kart – *Schienenfreunde*, NZKart 2017, 86 (zust. Anm. Thiede, NZKart 2017, 68) sowie Ur. v. 28.6.2017, 8 O 25/16 Kart – *Schienenkartell*, NZKart 2017, 440. Unterschlagen werden darf nicht, dass das LG Dortmund international zuständig und auch deutsches Recht anzuwenden war, vgl. zur Problematik ausführlich Thiede, *Fine to Follow-On? Private Anti-Trust Actions in European Law*, China-European Law Journal 2017, 233; Wurmnest, § 31 Internationale Zuständigkeit, in Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.), *Kartellverfahren und Kartellprozess* (2017) Rz. 10 ff.

5 BGH, Ur. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – *Grauzementkartell II*, NZKart 2018, 315, Tz. 25.

6 BGH, Ur. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – *Grauzementkartell II*, NZKart 2018, 315, Tz. 18.

7 BGH, Ur. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – *Grauzementkartell II*, NZKart 2018, 315, Tz. 21 ff.

8 BGH, Ur. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – *Grauzementkartell II*, NZKart 2018, 315, Tz. 18.

9 Exemplarisch LG Hannover, Ur. v. 31.5.2016, 18 O 418/14 – *Robspanplatten*, BeckRS 2016, 12506, sub I.3.

10 Für die Feststellung, ob die Klägerin im Rahmen ihrer Lkw-Käufe von den kartellrechtswidrigen Absprachen der Beklagten betroffen wurde, gilt der Beweismaßstab des § 286 ZPO, vgl. BGH, Ur. v. 12.7.2016, KZR 25/14 – *Lottoblock II*, NZKart 2016, 436, Tz. 42, 47.

11 BGH, Ur. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – *ORWI*, BGHZ 190, 145, Tz. 34.

12 EuGH, Entsch. v. 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465; Entsch. v. 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

13 BGH, Ur. v. 12.7.2016, KZR 25/14 – *Lottoblock II*, NZKart 2016, 436, Tz. 47.

14 Im Fall des Erwerbs vom Kartell-Außensteiter kann schon aus der Natur der Sache heraus gar keine Darlegung dahingehend erfolgen, dass das konkrete Geschäft Gegenstand einer Kartellabsprache war. Dennoch lässt der EuGH hier zu Recht einen Schadensersatzanspruch zu, wenn die Kausalität für den Erwerb vom Außenstehenden dergestalt vermittelt wurde, dass dieser aufgrund der durch das Kartell eröffneten Möglichkeit ebenfalls seine Preise erhöhte. Es muss daher ein *argumentum a fortiori* gelten: Ist für den *umbrella*-Anspruch schon nicht die Darlegung erforderlich, dass das Erwerbsgeschäft Gegenstand der Kartellabsprache war, gilt dies erst recht für den unmittelbaren Erwerb vom Kartellanten, vgl. Thiede, *Mit Schirm, Charme und KONE*, NZKart 2017, 68.

des Wettbewerbers. Sie führt dazu, dass der Verkäufer eines Lkw im Zweifel „auf Nummer sicher geht“ und einen niedrigeren Preis verlangt oder eine Preisanhebung nicht wagt aus Sorge, Marktanteile zu verlieren. Der notwendige Lebenserfahrungssatz spricht *a fortiori* dafür, dass ein Informationsaustausch zu höheren Preisen führt.

Es handelt sich beim Austausch über Preisfaktoren auch nicht etwa um eine Minus zur Absprache, die die Kommission übrigens auch festgestellt hat.<sup>15</sup> Schon die Tatsache, dass ein gegebenenfalls auch nur einmaliger Informationsaustausch den Tatbestand des Kartellverbots erfüllt und dafür kein geringerer Bußgeldrahmen vorgesehen ist, belegt, dass es sich keineswegs etwa um einen minder schweren Verstoß handelt. Für diese Gleichrangigkeit sind gerade die zu erwartenden Auswirkungen verantwortlich.

Die – naturgemäß schwierige<sup>16</sup> – Erschütterung dieses Anscheinsbeweises gelang der Beklagten nicht: Der Vortrag zur individuellen Preisgestaltung geht fehl. Denn Ausgangspunkt und Grundlage der Verhandlungen über den Verkaufspreis für Lkw waren die jeweiligen Bruttopreislisten der Hersteller. Die Beklagte hat dies nicht substantiiert bestritten. Die Bruttopreislisten erleichterten die Kalkulation für jede denkbare Lkw-Konfiguration. Das hat die Europäische Kommission in ihrem Bußgeldbescheid ausdrücklich festgestellt.<sup>17</sup> Das gilt nicht nur für den Hersteller und seine Händler. Die Praxis belegt: Jeder Vertragshändler fragt den Preis für den individuell konfigurierten Lkw beim Hersteller an, bevor er gegenüber dem Käufer einen Preis abgibt. Selbst wenn man der Beklagten zugestehen will, dass zahlreiche weitere Faktoren bei der Preisbildung eine Rolle spielen und Serviceleistungen zu nicht geringem Anteil einbezogen wurden, bleibt der Lkw erkennbar der kostenträchtigste Faktor des Kundengeschäfts. Die Beklagte hat weder die Kalkulation im Einzelnen offengelegt, noch Vergleiche zu anderen Verkäufen dargelegt. So verwundert nicht, dass die unsubstantiierte Behauptung der Beklagten, die Bruttopreislisten hätten mit der Bildung des Verkaufspreises an den Kunden nichts zu tun, das Gericht schon angesichts der Dauer der Zuwiderhandlung und des damit verbundenen Bußgeld- und Schadensersatzrisikos nicht überzeugen konnte.

Da somit feststeht, dass jedenfalls der unmittelbare Erwerb kartellbetroffen war, ist die Klägerin als mittelbare Erwerberin mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Kartellanten gleichfalls in Berührung gekommen, sodass es unerheblich ist, ob die Klägerin mittelbar oder unmittelbar erworben hat. Für die Kartellbetroffenheit genügt die konkrete Gefährdung; eine Verletzung muss nicht eingetreten sein;<sup>18</sup> deshalb kann es auch auf eine Weiterwälzung nicht ankommen.

Nur, weil wie hier, standardmäßig Beklagte in Kartellschadensersatzprozessen darauf pochen, der Kläger müsse die Kartellbetroffenheit jedes konkreten Erwerbsvorgangs darlegen und beweisen, bleibt zu erwähnen: Die Kammer hat im Hinblick darauf, dass Erwerbsgeschäfte mit Kartellaußenseitern unter dem Gesichtspunkt des Preisschirmeffekts naturgemäß nicht Gegenstand der Absprache sein können, ungeachtet dessen aber die Haftung für Schäden auslösen, derartigen Anforderungen eine deutliche Absage erteilt.<sup>19</sup> Dabei kommt die Kammer zum gleichen Ergebnis, indem auf den ersten Anscheinsbeweis aufbauend, ein Anscheinsbeweis auch zugunsten der Kartellbetroffenheit des einzelnen Erwerbsgeschäfts eingreift. Die Beklagte blieb Darlegung und Nachweis schuldig, warum es auch nur eine ernsthafte Möglichkeit gebe, dass die Erwerbsgeschäfte der Klägerin nicht kartellbefangen waren.

## 2. Schaden

Bezüglich der Feststellung eines möglichen Schadens bedient sich die Kammer einer weiteren Kaskade: Sollte die Klägerin die Lkw unmittelbar von der Beklagten erworben haben, ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen eine tatsächliche Vermutung für – die für den Feststellungsantrag allein erforderliche – Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.<sup>20</sup>

Sollte die Klägerin die Lkw indes mittelbar erworben haben, so geht die Kammer davon aus, dass der kartellbedingte Preisaufschlag durch die Vertragshändlerin auf die Klägerin weitergewälzt wurde. Grundsätzlich trägt der klagende, mittelbare Abnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und ggfs. in welcher Höhe der Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde.<sup>21</sup> Wie *Thomas* zutreffend aufzeigt, muss der eigentliche Schadensnachweis in zwei Schritten geschehen:<sup>22</sup> Zunächst ist nachzuweisen, dass der Marktpreis kartellbedingt höher gewesen ist, als der Preis auf einem unkartellierten Markt. Dieser Nachweis ergibt sich im Einklang mit der BGH-Entscheidung Lottoblock II aus dem bereits oben angeführten nicht erschütterten Anscheinsbeweis. Sodann hat der Kläger dazulegen und zu beweisen, dass diese Marktpreiserhöhung auf seine Marktstufe weitergewälzt wurde, der Kläger also einen höheren, kartellierten Preis gezahlt hat. Zur Frage, welcher Beweismaßstab für die Beurteilung der Weiterwälzung eines Schadens gilt, stellt die Kammer – soweit ersichtlich erstmals in der Rechtsprechung – ebenfalls auf § 287 ZPO ab. Der Kläger muss allein nachweisen, dass ein Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich ist.<sup>23</sup> Diesen Anforderungen hat der Kläger angesichts eines marktabdeckenden Kartells genügt.

## 3. Einwand der Schadensweiterwälzung (*passing on*)

Unabhängig davon, ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Erwerb der Lkw vorliegt, hatte sich die Kammer schließlich damit auseinanderzusetzen, ob der Schaden nachträglich vollständig dadurch entfallen sein könnte, dass die Klägerin

15 Vgl. Kommission, Beschl. v. 19.7.2016, AT 39824 – *Trucks*, Abl. C 108/2017, 6 ff.

16 Durch die Anerkennung der ausgeführten Anscheinsbeweise dürfte eine erhebliche Verlagerung auf die Rechtsfolgenseite einhergehen. Es ist den Beklagten unbenommen, darzulegen, dass ein Schaden nicht eingetreten ist. Vgl. *Klumpe/Thiede*, Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332, 334.

17 Vgl. Beschluss der Kommission vom 19.7.2016, AT 39824 – *Trucks*, Abl. C 108/2017, 6 ff., Tz. 27.

18 Ein Erwerbsgeschäft kann kartellbetroffen sein, ohne zu einem Schaden geführt zu haben, vgl. *Stancke*, Die Betroffenheit und Aktivlegitimation im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, NZKart 2017, 636, 639; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 334; *dies.*, Abyssus abyssum invocat – Rechtsvergleichende Überlegungen zur Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie im österreichischen KaWeRAG 2017 und in der deutschen 9. GWB-Novelle, ÖZK 2018, 50, 52.

19 Vgl. Nachweis in Fn. 14.

20 Ebenso unlängst LG Hannover, Ur. v. 18.12.2017, 18 O 8/17 – *Lkw-Kartell*, NZKart 2018, 100; OLG Karlsruhe, Ur. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 – *Löschfahrzeuge*, NZKart 2014, 366, Tz. 55, 71 f.; LG Dortmund, Ur. v. 21.12.2016, 8 O 90/14 Kart – *Schienenfreunde*, NZKart 2017, 86; Ur. v. 28.6.2017, 8 O 25/16 Kart – *Schienenkartell*, NZKart 2017, 440.

21 So schon grundlegend BGH, Ur. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – *OR WI*, BGHZ 190, 145, Tz. Rz. 44 f.; *Langen/Bunte-Bornkamm*, Kartellrecht, Bd. 1 (2018), § 33 GWB, Rz. 150; *MünchKomm-Lübbig*, § 33 GWB (2. Aufl., 2015), Rz. 97; *Inderst/Thomas*, Schadenersatz bei Kartellverstößen (2015), 255 ff.

22 *Thomas*, Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht, ZHR 180 (2016) 45, 49.

23 BGH, Ur. v. 12.7.2016, KZR 25/14 – *Lottoblock II*, NZKart 2016, 436, Tz. 43; OLG Düsseldorf, Ur. v. 29.1.2014, VI-U (Kart) 7/13, BeckRS 2014, 17537, Tz. 76-82; *Inderst/Thomas*, Schadenersatz, 122, Fn 515; *Stein/Jonas-Leipolt*, ZPO § 287 (22. Aufl., 2008), Rz. 15; *H. Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1997), Rz. 16/8.

selbst den Kartellaufschlag an die nächste Absatzstufe in voller Höhe weitergab. In den bisherigen Urteilen gegen Lkw-Kartellanten hatten die erkennenden Gerichte festgestellt, dass es bei Abnehmern der öffentlichen Hand an einem tauglichen Anschlussmarkt fehlte. Bei dem Erwerb von Lkw und der Nutzung dieser Lkw auf dem Speditionsmarkt liegt indes zumindest ein von Angebot und Nachfrage geprägtes Preisgefüge vor. Trotzdem lehnte die Kammer die *passing on*-Einwand bereits im Rahmen der Feststellungsklage als unzulässig und diesbezügliche Auskunftsansprüche der Beklagten ab. Sie bedient sich hierbei drei wesentlicher Argumentationslinien: Schon aus den Erörterungen des BGH in ORWI<sup>24</sup> ergebe sich, dass allein der Weiterverkauf oder noch die Weiterverarbeitung der kartellierten Ware gemeint sein könne, es sich also um einen weiteren Markt für das kartellierte Gut selbst handeln müsse.<sup>25</sup> Diese Deutung entspreche § 33 c Abs. 2 Nr. 4 GWB n.F., der eine gewisse Stoffgleichheit<sup>26</sup> mit der kartellierten Ware verlangt, und nicht zuletzt den, der Umsetzungsgesetzgebung zugrundeliegenden Art. 12 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 sowie Art. 15 Kartellschadensrichtlinie.<sup>27</sup> Der Kunde des Spediteurs ist weder Wettbewerber noch Marktteilnehmer i. S. e. Handelspartners oder weiteren Nachfragers. Damit fehlte es auch in diesem Fall an einem tauglichen Anschlussmarkt.

In der Rechtswirklichkeit erweist sich ferner die schiere, mögliche Größe des Phänomens der Weitergabe des Preisaufschlags als problematisch. Die Anzahl der Geschädigten vervielfacht sich erheblich, wenn die unmittelbaren Abnehmer in der Lage waren, den Preisaufschlag an die nächste Vertriebsstufe an eine Vielzahl mittelbarer Erwerber weiterzugeben. Dabei ist eine Weiterwälzung in so vielen Iterationen zu bedenken, bis schließlich der Endabnehmer, in der Regel der Verbraucher, erreicht wird. Wenn jedoch der Preisaufschlag auf viele mittelbare Abnehmer verteilt ist, werden Geschädigte oft von einer Klage absehen, weil sie ihren Schaden kaum je beziffern können. Überdies dürfte der Schaden einzelner Verbraucher keine Summe erreichen, die eine Klage sinnvoll erscheinen lassen. Auch vorliegend sind die Iterationen bis zum Endverbraucher zu bedenken. Wie sollte dieser anhand der Transportkosten den jeweiligen Kartellschaden überhaupt beziffern? Der Kartellaufschlag wäre womöglich derart gering, dass eine Klage ausscheidet. Dann jedoch würde der Kartellant von jeder Schadensersatzpflicht frei. Das entspricht nicht dem Ziel des Gesetzgebers. Dieser Wertungsgesichtspunkt musste ebenfalls zur Ablehnung des Weiterwälzungseinwands führen.

## V. Verjährung

Fast überflüssig seit Bestätigung der Spruchpraxis der Kammer durch das BGH-Urteil Grauzement vom 12.6.2018:<sup>28</sup> Verjährt sind die Ansprüche der Klägerin, die am 1.7.2005 bei Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle noch nicht verjährt waren, nicht.

## VI. Resümee

Die Kammer setzt sich – sehr zur Freude der Glossatoren – noch zur alten Rechtslage intensiv mit jenen Fragen auseinander, die auch nach der Neuregelung des GWB im Fokus der Praxis stehen dürften.

Bevor nicht alle weiteren Rechtsfragen im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung höchststrichterlich geklärt sind, wird das Feststellungsinteresse wohl nicht zu verneinen sein. Dann aber sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass bei Erhebung der Leistungsklage Betragsverfahren unmittelbar


im Anschluss an ein Grundurteil zu führen sind – oder erst gar kein Grundurteil ergeht. Denn alles andere führte zu einer Verfahrensverschleppung.

Auch in Zukunft können Umstände des Einzelfalls den Schutz einer in Kürze drohenden Verjährung erfordern, die der Kläger nicht beeinflussen konnte. In Betracht kommt etwa, dass ihm die erforderlichen Informationen fehlen, weil die Erstellung eines Gutachtens angesichts der zunehmenden Kartellschadensersatzprozesse und Belastung der Gutachter nicht rechtzeitig erstellt werden kann.

Unabhängig von der Frage, ob die Klägerin als mittelbare oder unmittelbare Erwerberin anzusehen ist, sind ihre Kartellbetroffenheit und die Kartellbefangenheit der Erwerbsvorgänge, die in den Kartellzeitraum und ggf. in die Zeit danach, fallen, zu bejahen, wenn der Anscheinsbeweis nicht erschüttert wurde. Im vorliegenden Fall ergab sich die Kartellbetroffenheit bereits aus der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB. Ein Nachweis, dass konkrete einzelne Erwerbsvorgänge Gegenstand der Absprachen waren, ist – nach wie vor – nicht erforderlich. Der durch Bezug vom Kartellanten Geschädigte darf nicht schlechter gestellt sein als derjenige, der ein Produkt vom Kartellaußenseiter bezogen hat.

Unabhängig von der Frage, ob die Klägerin als unmittelbare oder mittelbare Erwerberin anzusehen ist, ist auch die für den Erlass eines Urteils erforderliche Wahrscheinlichkeit eines Schadens nach § 287 ZPO zu beurteilen und aufgrund der Lebenserfahrung, dass Absprachen eine preisstärkende Wirkung haben, zu bejahen, sofern nicht das Gegenteil dargelegt und unter Beweis gestellt wird. Daran fehlt es nicht nur in diesem Fall, sondern regelmäßig.

Der Versuch, einen verbotenen Informationsaustausch als eine andere, weniger gewichtige Form der Verletzung des Kartellverbots darzustellen, ist beim LG Dortmund gescheitert. Das deutsche und europäische Kartellrecht unterscheiden weder in der Tatbestandsverwirklichung, noch in der Rechtsfolge zwischen einer Absprache und einem Informationsaustausch. Zu Recht hat die Kammer fehlende Auswirkungen des Informationsaustauschs auf die Lkw-Preise auch nicht erkennen können, so dass der Anscheinsbeweis nicht erschüttert war.

Der somit dem Grunde nach bestehende Schadensersatzanspruch der Klägerin entfällt auch nicht aufgrund des von den Beklagten erhobenen Einwandes, die Preiserhöhung auf die Speditionskunden abgewälzt zu haben (*passing on*-Einwand). Dieser Einwand ist – seit ORWI – unzulässig, wenn es sich nicht um einen weiteren Markt für das *kartellierte Gut* handelt, im Übrigen auch dann, wenn im Ergebnis der Kartellant von seiner Haftung frei würde, weil der unmittelbare Abnehmer seinen Anspruch verloren hat und der Schaden derart diffundiert, dass er nicht mehr geltend gemacht wird. 

24 BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145, Tz. 46.

25 Die Entscheidung spricht von „Preisbildung auf nachfolgenden Marktstufen“ sowie dem „Direktabnehmer“ und „Folgeabnehmer“ folgenden „Anschlussmarkt“.

26 Der Wortlaut der Norm verwendet „hervorgegangen“ bzw. „enthalten“.

27 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht Wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedsstaaten und der Europäischen Union, Abl. L 349/2011, 14 ff. Die genannten Vorschriften sprechen von „Vertriebsstufen“.

28 BGH, Urt. v. 12.6.2018, KZR 56/16 – Grauzementkartell II, NZKart 2018, 315.